

DERECHOS FUNDAMENTALES Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: LOS DESAFÍOS DE UNA LEGISLACIÓN NECESARIA

Sergio LÓPEZ-AYLLÓN¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estado democrático e información*. III. *La información como derecho fundamental*. IV. *El derecho a la información en México*. V. *La elaboración de una ley de acceso a la información pública*. VI. *El diseño de la ley*. VII. *Algunas cuestiones debatibles*. VIII. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Afirmar hoy que la información es una condición necesaria de la democracia podría parecer banal, sin embargo, la traducción jurídica de esta afirmación no lo es tanto. En efecto, desde la perspectiva jurídica, tenemos una diversidad de modelos de relación entre Estado democrático e información,² que suponen diversas concepciones sobre la función del Estado en la regulación de esta delicada materia. Si a lo anterior sumamos que los avances tecnológicos en materia de información, en especial la convergencia de las telecomunicaciones, la informática y el audiovisual, están transformando radicalmente las formas de relación social y la organización política de las sociedades contemporáneas,³ resulta obvio que la relación información-derecho sea el objeto de un vivo debate que

1 El autor agradece la colaboración de Gustavo Bello y Daniel Velásquez, con quienes tuvo la ocasión de discutir las ideas que se exponen en la ponencia. La responsabilidad del texto es exclusiva del autor.

2 Véase Villaverde Menéndez, Ignacio, *Estado democrático e información. El derecho a ser informado y la Constitución española de 1978*, s/l, Junta General del Principado de Asturias, 1994, p. 15.

3 Véase Cohen-Tanugi, L., *Le nouvel ordre numérique*, París, Odile Jacob, 1999.

pasa no sólo por la discusión teórica, sino también por la de la idoneidad de los instrumentos constitucionales y legales existentes para garantizar las libertades de expresión e información.

Esta ponencia busca exponer las dificultades y dilemas específicos que plantea, en el caso mexicano, la regulación de una de las vertientes de la relación derecho-información: la del acceso a la información pública. Para ello, consideramos pertinente revisar, así sea brevemente, la relación entre Estado democrático e información y su vinculación con el denominado derecho a la información. Ello nos permitirá posteriormente analizar uno de los proyectos presentados ante el Congreso mexicano en materia de acceso a la información, el del presidente Fox, el cual contrastaremos con otras alternativas posibles. Se trata de enriquecer un debate cuyo objetivo último es la construcción de un amplio consenso informado sobre una de los temas capitales para consolidar la naciente democracia mexicana.

II. ESTADO DEMOCRÁTICO E INFORMACIÓN

En el complejo mundo de hoy, el juicio de la ciudadanía sobre el desempeño de su gobierno no puede darse por sentado. Presupone, en términos generales, que a) el ciudadano tiene la capacidad de emitir un juicio sobre el gobierno, b) que tiene los elementos para hacer de este juicio un asunto razonado e informado, y c) que esta opinión puede ser divulgada y contrastada aquélla de otros ciudadanos.⁴

En el diseño constitucional de los sistemas democráticos contemporáneos, en sus vertientes presidencial o parlamentaria, la división de poderes constituye uno de los pilares fundamentales del control del poder.⁵ El otro pilar, los derechos fundamentales, garantizarían el margen de acción propia de los ciudadanos quienes, a través del voto, ejercerían el control último sobre el poder.

⁴ Estas ideas fueron tomadas de Berge, Achim, *Improved Rules on Public Access to Documents*, Estocolmo, Universidad de Estocolmo, 2000 (tesis de maestría en legislación europea).

⁵ Véase, entre otros, Valadés, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, UNAM, 2000; Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 2a. ed., México, UNAM, 2001.

Ahora bien, este sistema de contrapesos depende de la capacidad de los ciudadanos de distinguir y juzgar las políticas públicas; en otras palabras de sus posibilidades reales de contrastar sus ideas con la de otros y de tener acceso a los insumos básicos requeridos para formar su propia opinión.

La multiplicación de las fuentes de información, en especial los medios masivos de comunicación, y su influencia relativa en la formación, o deformación, de la opinión pública, constituye uno de los debates más importantes de los últimos años. Desde el punto de vista jurídico, los modelos de regulación de la información transitan entre los enfoques liberales, que proponen que las condiciones de mercado son las mejores garantías de pluralidad y diversidad, y aquellos que cuestionan esta hipótesis en beneficio de distintos grados y calidades de intervención del Estado y la sociedad civil.⁶

En esta discusión no debe perderse de vista que la capacidad para producir juicios razonados depende, en gran medida, de la educación, cuestión que no es materia de esta ponencia. Sin embargo, con ella concurren las posibilidades de obtener los elementos necesarios para formar y fundamentar el juicio, así como la capacidad de contrastar argumentos y emitir opiniones, variables que están determinadas por el marco jurídico del Estado y las libertades que lo acompañan. A la segunda de estas posibilidades se refiere la “libertad de expresión”, mientras que la primera es la que se conoce, entre otras denominaciones, como “libertad de información”, y más específicamente “libertad de acceso a la información pública”.

Así, un sistema eficaz de contrapesos supone que el ciudadano esté en posibilidad de hacer un juicio fundamentado de la acción del Estado, y de lo que de ella dicen los medios de comunicación y los demás ciudadanos. Para tal efecto, el ciudadano deberá tener la capacidad de obtener y analizar por sí mismo la información relativa a la gestión pública. Lo anterior supone una doble condición: por un lado una alta dosis de transparencia en el gobierno y por otro la posibilidad de que los ciudadanos o sus organizaciones tengan acceso directo a la fuentes primarias de información, es decir, los documentos elaborados por la propia administración que documentan y justifican sus acciones.

6 Véase Villaverde, *op. cit.*, *supra*, pp. 73-295.

Es necesario reconocer que el acceso a la información *per se* no genera una ciudadanía más informada y responsable políticamente; lo que sí crea son las condiciones necesarias para que ésta pueda orientar su acción política sin tener que pasar necesariamente por la intermediación de los medios de comunicación. Para el Estado mismo resulta benéfico que los ciudadanos puedan juzgar de manera directa las razones que llevan a determinada toma de decisiones, especialmente cuando en muchas ocasiones los efectos benéficos (o perversos) de las políticas públicas no son inmediatos y sólo pueden ser valorados en el largo plazo.

En síntesis, el acceso a la información pública constituye hoy una de las condiciones necesarias para el funcionamiento adecuado de los sistemas democráticos, situación que ha sido recogida de manera paulatina por el derecho al reconocer que la libertad de información es parte esencial de los derechos fundamentales.

III. LA INFORMACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En la teoría clásica, la libertad de expresión era una de las libertades fundamentales más importantes. En su concepción tradicional, suponía la facultad de los ciudadanos, luego, por extensión, de los medios de comunicación, de emitir libremente ideas y opiniones sin restricción alguna. La delicada cuestión de los límites a esta libertad ha sido objeto de encendidos debates que ponderan los problemas de su ejercicio.⁷ Sin embargo, esta libertad, en su sentido tradicional, protegía exclusivamente al “emisor” de la información de la intervención del Estado,⁸ suponiendo que esto era suficiente para asegurar el libre intercambio de ideas.

Desde la Segunda Guerra Mundial, dicha concepción se ha modificado radicalmente para dar cuenta de las nuevas realidades en materia de información.⁹ Así, el artículo 19 de la Declaración Universal de los De-

⁷ Véase Scanlon, Thomas, “A Theory of Freedom of Expression”, *The Philosophy of Law*, Oxford, ed. por R. M. Dworkin, Oxford University Press, 1977, pp. 153-171.

⁸ Dworkin, R. M., *Freedom's Law. The Moral Readings of the American Constitution*, 3a. reimp., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996, pp. 198 y ss.

⁹ Véase Peces-Barba, Gregorio, “Crisis del discurso clásico sobre libertad de expresión”, *El derecho a la información. Teoría y práctica*, Zaragoza, Libros Pórtico, 1995, pp. 77-86.

rechos del Hombre planteó que la libertad de expresión incluía no únicamente el derecho de todo hombre a difundir sus ideas y opiniones, sino también el de investigarlas y recibirlas sin limitación de fronteras y por cualquier medio.¹⁰

Desde entonces, y teniendo a la Declaración como modelo, se emprendió una profunda revisión dogmática del alcance y contenido jurídico de las garantías que se articulan alrededor de la información y la comunicación. Surgen así conceptos como los de libertad de información, derecho de información o derecho a la información que, aunque expresado de diversas maneras, buscan conceptualizar el conjunto de actividades relacionadas con los “receptores” de la información. Así, y como atinadamente señala Ignacio Villaverde, “los textos internacionales conservan el término libertad de expresión como concepto global y genérico, y son muchos los autores que sostienen, cuando menos, una relación de especialidad entre la libertad de expresión y la libertad de información”.¹¹

En efecto, la mayor parte de los instrumentos internacionales, entre otros el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,¹² el 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³ y el 13 de la Convención

10 El texto de este artículo establece: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras y por cualquier medio de expresión”.

11 Villaverde, Ignacio, *op. cit.*, *supra*, p. 45.

12 Artículo 10: “Toda persona tiene el derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar información o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”. “El ejercicio de estas libertades, que entraña deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial”.

13 Artículo 19: “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”; “2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección”. “3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña

Americana sobre Derechos Humanos,¹⁴ retoman, con ligeras variantes, el texto del artículo 19 de la Declaración Universal, que implica una trilogía de libertades interrelacionadas agrupables en dos vertientes: por un lado el derecho a informar (que supone el derecho a difundir informaciones y opiniones y que toma en cuenta el punto de vista del emisor), y por otro, el derecho a ser informado (que comprende los derechos de investigar y recibir informaciones y opiniones desde la perspectiva del receptor).

Paulatinamente diversas Constituciones incorporaron, con diferentes versiones, esta nueva concepción de la libertad de expresión. Entre otras cabe destacar las Constituciones de Alemania,¹⁵ España¹⁶ y Portugal.¹⁷

En otros casos ha sido la jurisprudencia constitucional, o la legislación secundaria, la que ha ampliado el concepto tradicional de la libertad de expresión; así, aunque los textos constitucionales permanecen sin alteraciones, el concepto es radicalmente diferente. Éste es el caso, por ejemplo,

deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

14 Dicho artículo establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección”.

15 Artículo 5o., 1, LFB “1. Todos tienen el derecho a manifestar y difundir libremente su opinión por la palabra, el escrito y la imagen, y a informarse sin trabas en las fuentes de acceso general. Se reconoce la libertad de prensa y la libertad de comunicar información a través de la radiodifusión y el cine. No se ejercerá censura”.

16 Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Por su parte, el artículo 105, b) de la misma Constitución española ordena que la ley regulará, entre otras materias “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en los que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

17 Artículo 37, constitucional, port. 1. Todos tienen el derecho a manifestar y difundir libremente su opinión por la palabra, la imagen o cualquier otro medio, así como el derecho a informar y a ser informado, sin trabas ni discriminaciones.

de los Estados Unidos,¹⁸ Francia,¹⁹ Bélgica, Noruega, Suiza e Italia, entre otros. Finalmente, en el plano internacional, debe destacarse la importancia de la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.²⁰

Veamos a continuación cuál ha sido la situación que ha privado en nuestro país.

IV. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN MÉXICO

Los artículos 6o. y 7o. de la Constitución mexicana de 1917 consagran, respectivamente, las libertades de expresión e imprenta en su vertiente “tradicional”. Fue hasta 1977 cuando se modificó la parte final del artículo 6o. para introducir la frase “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. Esta reforma generó una de las polémicas más importantes en los últimos años pues puso en el debate público el tipo de intervención que el Estado debería tener en materia de información. Lamentablemente estéril y obscurecido por una interpretación jurídica sesgada, este debate no concluye aún pues, a pesar de los cambios significativos que ha sufrido el sistema jurídico mexicano y que han acompañado el cambio de modelo político y económico, la legislación en materia de información ha permanecido prácticamente sin cambios.²¹ Más importante aún son las lagunas que existen en la materia.²²

¹⁸ En este país, además de la jurisprudencia de la Corte Suprema, ha sido muy importante el desarrollo legislativo a través de la *Freedom of Information Act* de 1966, con sus reformas. Véase Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 29 y ss.

¹⁹ Véase Morange, Jean, *Droits de l'homme et libertés publiques*, 4a., París, Presses Universitaires de France, 1997, pp. 261-315.

²⁰ Para una visión de conjunto, especialmente con referencia a Latinoamérica, véase Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y los Estados Unidos”, en *Derecho a la información y derechos humanos*, Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (eds.), México, UNAM, 2000, pp. 3-144.

²¹ Véase López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997, pp. 172-223 y 275.

²² Véase López Ayllón, Sergio, *El derecho de la información*, México, UNAM-Mc Graw Hill, 1997, *passim*.

Aunque los cambios constitucionales y legislativos han sido muy limitados, no puede decirse lo mismo de la interpretación constitucional y la concepción doctrinal sobre la materia. Poco a poco se ha enriquecido la comprensión sobre el alcance de las libertades de expresión e información en nuestro país. A esto han contribuido de manera significativa al menos los dos factores siguientes. Por un lado, el profundo cambio en la percepción pública del lugar que ocupan en el sistema jurídico mexicano los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. En efecto, ignorados hasta no hace mucho, hoy en día se reconoce generalmente que estos instrumentos, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²⁴ son parte integrante del derecho mexicano. Como hemos señalado previamente, en ambos instrumentos se contiene una reformulación del concepto tradicional de la libertad de expresión y por ello el texto del artículo 6o. constitucional debe ser interpretado a la luz de estos instrumentos.

El segundo hecho ha sido una muy importante evolución en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia en materia del derecho a la información. Así, desde principios de los años ochenta, varios tribunales federales pronunciaron tesis que, en forma explícita, desarrollaron el derecho a la información como una garantía individual. En una de las tesis se sostuvo que si el Estado tenía obligación de proteger el derecho a la información, ese derecho implica la obligación —para el Estado— de no entorpecer el uso de los medios de difusión masiva de ideas, prohibiéndole erigirse en guardián de la cantidad o calidad de los medios de difusión.²⁵

Posteriormente, una tesis de la Suprema Corte de Justicia sostuvo, en 1985, que el derecho a la información era una garantía social, limitada a garantizar la expresión de los partidos políticos por los medios de comunicación, cuyo contenido debía ser precisado por la legislación secundaria. Además argumentó que “no se pretendió establecer una ga-

²³ El decreto de aprobación se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de enero de 1981, y el decreto de promulgación el 7 de mayo de 1981.

²⁴ El decreto de publicación se promulgó en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de enero de 1981, y el decreto de promulgación el 20 de mayo de 1981.

²⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, sexta parte, vols. 145-150, pp. 226 y 227.

rantía individual consistente en que cualquier gobernado, en el momento que lo estime oportuno, solicite y obtenga de los órganos del Estado determinada información”.²⁶ Esta tesis adolecía de varios problemas serios a los que ya nos hemos referido en otros trabajos,²⁷ básicamente el implicar que los partidos políticos podrían ser sujetos de “garantías sociales”, término que la doctrina reserva para aquellas medidas destinadas a tutelar a las clases económicamente débiles (obreros y campesinos).

Este criterio fue ya claramente rectificado. El Pleno de la Corte ha reconocido recientemente que si bien en su interpretación original el derecho a la información se reconoció como una garantía de los derechos políticos, este concepto se ha ampliado. En efecto, en ocasión de la manzanita de Aguas Blancas, en el estado de Guerrero, la Corte amplió el alcance del derecho a la información y estableció que éste exigía “que las autoridades se abstengan de dar a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en una violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional”.²⁸ Posteriormente, a través de otros casos, de manera explícita la Corte estableció que “ha ampliado la comprensión de este derecho entendiéndolo, también, como garantía individual, limitada, como es lógico, por los intereses nacionales y los de la sociedad, así como por el respeto a los derechos de tercero”.²⁹ Una tesis reciente del Tribunal Federal Electoral, la que lamentablemente no hemos podido consultar integralmente aún, ha ido más lejos para establecer el derecho de los ciudadanos a acceder a la información que los partidos políticos presente al Instituto Federal Electoral.³⁰

²⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, Segunda Sala, t. X, agosto de 1992, p. 44.

²⁷ Véase López Ayllón, Sergio, “El derecho a la información como derecho fundamental”, en *Derecho a la información y derechos humanos*, Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (eds.), México, UNAM, 2000, pp. 168 y ss.

²⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, junio de 1996, t. III, p. 513.

²⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, t. IX, abril de 2000, p. 72.

³⁰ En esta sentencia los magistrados del Tribunal Electoral determinaron que “basta con acreditar calidad de ciudadano mexicano para acceder a la información relativa a los partidos políticos que, en tanto entidades de interés público, deben tener transparencia no sólo en el manejo de los dineros sino en sus procedimientos internos, que incluye la selección de dirigentes o candidatos a elección popular”. Tomado de la página electrónica del tribunal www.trife.gob.mx, consulta del 12 de febrero de 2002.

Así, la jurisprudencia constitucional ha ido progresivamente ampliando el concepto de libertad de expresión.

Ahora bien, ¿cómo debe entenderse entonces la última frase del artículo sexto constitucional? Nos parece que del texto constitucional se desprende un mandato específico que se refiere exclusivamente a las acciones positivas que el Estado tendría que realizar para asegurar el ejercicio de las libertades implicadas en la libertad de expresión.³¹ En otras palabras, lo que introdujo la reforma de 1977 fue lo que la doctrina alemana ha denominado como un “derecho social fundamental”, en el sentido de que a la libertad negativa que suponen las libertades fundamentales, se suma la acción positiva por parte del Estado, con el propósito de ampliar el margen de acción de los ciudadanos y permitir un ejercicio más amplio de las libertades de “buscar”, “recibir” o “difundir” informaciones y opiniones. El problema reside que estas acciones no están delimitadas por el texto constitucional, y por ello requieren necesariamente una elaboración legislativa.³²

Es esta última parte la que, en gran medida, ha creado una enorme confusión cuando se habla de la “reglamentación” del derecho a la información. En realidad, se trata de la regulación de las acciones positivas del Estado para ampliar el ejercicio de las libertades. Básicamente lo anterior se lograría por dos vertientes. Una, mediante una modernización de la legislación en materia de medios de comunicación, aspecto que, por las circunstancias especiales del país constituye aún un tema espinoso y complejo. La otra, y esto existe un amplio consenso, a través de una regulación que permita el acceso a la información pública. Expedir esta legislación es uno de los retos fundamentales en el horizonte nacional.

³¹ La primera parte del artículo 6o., que consagra la libertad de expresión, interpretada a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos firmados por México, comprende tres libertades interrelacionadas: las de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Estas tres libertades constituyen derechos subjetivos de los particulares frente al Estado.

³² Véase López Ayllón, Sergio, 2000, *op. cit.*, p. 172.

V. LA ELABORACIÓN DE UNA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

En la noche del viernes 30 de noviembre de 2001, el presidente Fox, a través de la Secretaría de Gobernación, entregó a la Cámara de Diputados la iniciativa de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información.³³ Con ello, se activó el procedimiento legislativo para analizar este nuevo instrumento legal que, en caso de ser aprobado, constituirá un punto de inflexión en la relación entre gobierno y ciudadanos. Al mismo tiempo, marcará el inicio de la modificación del régimen jurídico de la información en México, tantos años aplazado.

La tarea parlamentaria será ardua pues, junto con dicha iniciativa, deberán revisarse y dictaminar otros proyectos de igual materia que se elaboraron de manera simultánea. Destacan entre ellos la “Iniciativa de Ley de Acceso a la Información en relación con los Actos Administrativos y de Gobierno del Poder Ejecutivo de la Unión”, presentada al Congreso en julio de 2001 por el diputado Luis Miguel Barbosa, integrante del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática (PRD), y muy especialmente la “Iniciativa de Ley Federal de Acceso a la Información”³⁴ (en adelante Iniciativa del grupo Oaxaca) presentada por un grupo de diputados del Partido Revolucionario Institucional (PRI) y el Partido de la Revolución Democrática (PRD) el 6 de diciembre de 2001. Esta última retoma, con ligeras modificaciones, el proyecto preparado por un grupo de destacados académicos y periodistas, conocidos como el “Grupo Oaxaca”, y que demuestra el interés de la sociedad civil en la materia.³⁵

La elaboración de la iniciativa Ley del Ejecutivo Federal implicó varios meses de trabajos. En efecto, una vez integrado el equipo de transición del entonces presidente electo Fox, el grupo jurídico identificó la

³³ Este documento puede ser consultado en la página http://www.ltg.org.mx/Lai_version_final.doc.

³⁴ Véase <http://www.ltg.org.mx/ducanalisis.php>.

³⁵ La Comisión dictaminadora del Congreso probablemente tomará también en consideración la iniciativa de “Ley Federal de Comunicación Social”, presentada al Congreso el 22 de abril de 1997 por los grupos parlamentarios del Partido de Acción Nacional (PAN) de la Revolución Democrática (PRD) y del Trabajo (PT), misma que, aunque con un contenido más amplio, incluía un capítulo específico en materia de acceso a la información.

necesidad de elaborar una iniciativa de ley en materia de acceso a la información gubernamental como uno de los aspectos jurídicos prioritarios para consolidar y completar la transición política en México. Con esta opinión concurrieron otros integrantes del mismo equipo de transición y el tema quedó fijado en la agenda del nuevo gobierno.

A principios de 2001 se formó un grupo de trabajo intersecretarial con la participación de las secretarías de Gobernación, de la Contraloría, de Comunicaciones y Transportes, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, quienes realizaron un amplio trabajo de investigación tanto en derecho comparado como sobre las mejores prácticas en la materia.³⁶

Uno de los aspectos más delicados fue determinar el ámbito de aplicación de una legislación en la materia. En una primera instancia, se determinó que, puesto que se trataba de una iniciativa del Ejecutivo, sería inapropiado incluir en ella al conjunto de los poderes de la Unión. Por ello, se determinó trabajar en un proyecto que cubriría de manera exclusiva al Poder Ejecutivo Federal y que, por lo demás, seguía la práctica internacional en la materia.

Hacia julio de 2001 se concluyó esta fase del proyecto, cuyo resultado fue un documento de trabajo que contenía un conjunto de disposiciones, que podían tomar la forma de una iniciativa de ley o bien de un acuerdo presidencial en materia de transparencia gubernamental, aplicables de manera exclusiva a la administración pública federal.³⁷

Este documento fue objeto de una consulta interna de la administración pública federal que permitió valorar el impacto de la ley. De manera simultánea se consultó a diversos especialistas nacionales e internacionales en la materia y se realizaron visitas a Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña y Francia para conocer la operación de leyes similares en esos países.

Hacia septiembre de 2000 se determinó realizar una consulta pública a efecto de poder recibir de manera ordenada los comentarios de diversos

³⁶ Algunos de los documentos elaborados en el seno del grupo fueron “filtrados” a la prensa. Esto generó diversas reacciones, muchas adversas, pues a partir de simples documentos de trabajo se inferían tendencias para limitar el ejercicio del derecho de acceso a la información. En realidad se trataban de los primeros esbozos de lo que se sabía era una ley compleja y con profundas implicaciones jurídicas y políticas.

³⁷ Este documento puede ser consultado en la página <http://www.itg.org.mx/ducana-lisis.phpen>.

grupos sociales y políticos interesados en el tema. Esta consulta tuvo lugar en cuatro foros regionales (Monterrey, Guadalajara, Veracruz y México) y un foro virtual. En ella intervinieron más de 200 personas que hicieron cerca de 700 propuestas concretas, todas ellas sistematizadas en una base de datos.³⁸

Como resultado de la consulta, el grupo intersecretarial procedió a elaborar una nueva iniciativa de ley. Principalmente, se retomó la preocupación expresada durante la consulta de ampliar el ámbito de aplicación de la ley para hacerla extensiva a todos los órganos del Estado. Además, se incorporaron diversas propuestas concretas y se consideraron cuidadosamente las alternativas para el órgano encargado de supervisar la aplicación de la ley.

El proceso de formación de la ley implicó así, y en esto reside una de sus novedades, un proceso efectivo de diálogo entre el gobierno y la sociedad. El proyecto que se presentó al Congreso fue producto de un intercambio intenso y fructífero que permitió presentar una iniciativa distinta a la que se había diseñado originalmente. Por otro lado, vale la pena destacar que en esta última el gobierno federal no ha tenido el monopolio de la voz. Prueba de ello son las diversas iniciativas elaboradas por los actores sociales que enriquecen el debate público y permitirán una mejor legislación.³⁹

VI. EL DISEÑO DE LA LEY

El diseño de la ley implicó revisar la experiencia internacional en materia de acceso a la información, reconocer el contexto en que habrá

³⁸ Tanto las ponencias como los resultados de la consulta pueden ser consultadas en la página www.ltg.org.mx.

³⁹ Vale la pena señalar que, durante todo el proceso antes descrito, hubo diversas reacciones tanto de la sociedad civil como de las entidades federativas sobre esta cuestión. Respecto de la primera, y en reacción a lo que se consideraba como un proyecto gubernamental limitado, se formó el “Grupo Oaxaca”, integrado por un conjunto de destacados periodistas y académicos, respaldados por varios importantes periódicos nacionales, que elaboró varias declaraciones y una iniciativa de ley en la materia. Al mismo tiempo, en varios Estado de la república se elaboraron y presentaron ante los congresos estatales distintas iniciativas en materia de acceso a la información. Entre otros podemos mencionar las iniciativas presentadas en Guanajuato, Nuevo León, Querétaro, Nayarit, Tamaulipas y el Distrito Federal. De ellas, únicamente ha sido aprobada la correspondiente al estado de Jalisco.

de aplicarse y recoger, en la mayor medida de lo posible, las recomendaciones hechas durante la consulta pública. Todo ello condujo a un diseño que pretende generar, de manera paulatina, una nueva cultura en el manejo de la información pública, al mismo tiempo que crear las condiciones necesarias para lograr la aplicación efectiva de la ley. A continuación examinaremos los grandes ejes alrededor de los cuales se articulan sus disposiciones.

1. Primer eje: un ámbito de aplicación amplio

La primera característica novedosa de la iniciativa es su extenso ámbito de aplicación. Como respuesta a una demanda reiteradamente expresada en los foros, la ley se aplicaría al conjunto de los órganos estatales federales, es decir, los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los órganos constitucionales autónomos (Banco de México, Instituto Federal Electoral, Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las universidades públicas autónomas) y a los tribunales administrativos. La ley se aplicaría también, aunque de manera indirecta, a las entidades de interés público (e. g. los partidos políticos) y a cualquier persona que reciba recursos públicos.

En caso de ser aprobada, sería la única ley en el mundo que tendría un ámbito de aplicación tan extenso.⁴⁰ Esta amplitud en los sujetos obligados generó, como puede resultar obvio, dificultades en su diseño, pues existen profundas diferencias y asimetrías tanto en la organización como en la información que manejan las diferentes entidades sujetas a la ley.

Para resolver este problema el anteproyecto establece, en su primer título, un conjunto de disposiciones aplicables a todos los sujetos obligados que contienen los grandes principios que orientan el acceso a la información, así como sus excepciones, especialmente en materia de información reservada. El título segundo establece las instituciones y procedimientos de acceso a la información aplicables en forma exclusiva al Poder Ejecutivo Federal. Por su parte, el título tercero establece los lineamientos que deberán seguir los poderes Legislativo y Judicial, los organismos

⁴⁰ En efecto, tanto las leyes de acceso a la información de la Unión Europea como de Estados Unidos y Canadá aplican únicamente a los órganos administrativos. Véase Commission Européenne, Secrétariat Général, "Aperçu des législations des Etats Membres en matière d'accès aux documents", Bruselas, 10 de agosto de 2000.

constitucionales autónomos y los tribunales administrativos para asegurar el acceso a su información.

En otras palabras, la iniciativa de ley establece órganos y procedimientos específicos para el Poder Ejecutivo Federal. Respecto de los otros sujetos obligados el anteproyecto establece un mínimo común denominador que cada uno de ellos deberá implementar a través de acuerdos o reglamentos específicos, dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la ley. Con ello se otorga flexibilidad para su aplicación sin menoscabo de sus principios fundamentales. Finalmente, el título cuarto se refiere a las responsabilidades de los servidores públicos en materia de acceso a la información.

2. Segundo eje: obligaciones de transparencia

La iniciativa, con base en las mejores prácticas internacionales, adopta un enfoque novedoso para asegurar el acceso a la información. Generalmente, las leyes en la materia establecen un procedimiento en el cual corresponde al particular, persona física o moral, activar las instancias administrativas para obtener un documento específico. La ley hace lo propio, pero va más allá. Todos los órganos del Estado deberán poner a disposición del público, de manera permanente, actualizada y en la mayor medida de lo posible en el Internet, un conjunto de información que permitirá que los ciudadanos tengan un conocimiento directo de las funciones, acciones, resultados, estructura y recursos de los órganos del Estado.

Es importante destacar que esta información deberá estar disponible sin que medie una solicitud de los particulares. Se trata de lograr la mayor transparencia posible respecto de, entre otras cuestiones, los presupuestos asignados, su monto y ejecución, las observaciones de las contralorías o de la entidad superior de fiscalización al desarrollo del ejercicio presupuestal, los sueldos y prestaciones de los servidores públicos, los programas operativos, los trámites y servicios, el marco normativo, los programas de subsidios, las concesiones y permisos, las contrataciones públicas, así como información sobre la situación económica, financiera y de la deuda pública.

Esta información permitirá que los ciudadanos tengan a su disposición los indicadores más importantes de la gestión pública. Adicionalmente, se reducirán los costos de operación de la ley ya que, en lugar de procesar

solicitudes individuales, la información más significativa estará siempre a disposición de quien la requiera.

Finalmente, como resultado de una inquietud expresada en la consulta, se establecieron disposiciones que buscan asegurar la calidad de la información. Así, los sujetos obligados deberán proporcionar esta información con valor agregado a efecto de facilitar y permitir la evaluación de su calidad, confiabilidad, oportunidad y veracidad.

3. Tercer eje: el acceso a la información

El tercer eje de la ley se refiere a la vertiente más común en la legislación comparada en materia de acceso a la información, esto es al procedimiento que deberán seguir los particulares para requerir a las autoridades el acceso a documentos administrativos en particular. Es importante destacar que, siguiendo la práctica internacional en la materia, la ley no tiene por objeto que la administración proporcione información genérica a los particulares.⁴¹ La modalidad de acceso tiene por objeto la entrega de documentos —es decir, los soportes físicos de cualquier clase— en los que se plasma la información. Así “no se trata de un acceso a la ‘noticia’, en el sentido de producto o resultado de una actividad informativa realizada por terceros, sino de un acceso a la fuente de información misma, en este caso el documento”.⁴²

El procedimiento ante los órganos de la administración pública federal se sustancia en dos instancias. La primera ante la dependencia o entidad que tiene la información. La segunda, en revisión administrativa, ante la Comisión de Garantías de la Información, órgano que desempeñaría funciones similares a las de un tribunal administrativo especializado. El particular siempre tendrá el derecho de recurrir, por la vía de amparo, las decisiones de la Comisión de Garantías de la Información. En cambio, para las autoridades las decisiones de la Comisión serán definitivas.

La ley obliga a todas las dependencias y entidades a designar una unidad de enlace. La función de ésta es doble: por un lado es la “ven-

41 Véase Commission Européenne, Secrétariat Général, “Analyse comparative des législations des États membres en matière d'accès aux documents”, Bruselas, 10 de agosto de 2000.

42 Véase Fernández Ramos, Severiano, “Algunas proposiciones para una ley de acceso a la información”, *mimeo*, 2001.

tanilla” única a través de la cual los ciudadanos podrán presentar sus solicitudes de acceso a la información. Por otro, sus funcionarios tendrán funciones similares a la de los *information officers* de los Estados Unidos, es decir, serán los “gestores” de las solicitudes de acceso al interior de cada una de las dependencias. Con ello, se libera a los ciudadanos de la carga del procedimiento y se acentúa la obligación de la administración de entregar la información que se le requiera.

En cuanto a las solicitudes mismas, las personas que las presenten no deberán justificar interés alguno. Así se garantiza un derecho de acceso universal y abierto.

En principio, el procedimiento de acceso deberá durar un máximo de veinte días hábiles, es decir, un mes calendario. Este plazo podrá ampliarse por un periodo igual cuando existan causas justificadas, entre otras, la complejidad de la búsqueda y siempre y cuando se notifique al solicitante.

La falta de respuesta a una solicitud se reputará como una negativa ficta, permitiendo que el solicitante pueda interponer el recurso de revisión, medio de defensa que también procede en caso de negativa expresa. Este recurso se sustancia ante la Comisión de Garantías de la Información, mediante un procedimiento diseñado para asegurar las garantías de audiencia y legalidad para las partes y la máxima imparcialidad e independencia de decisión.

En síntesis, el procedimiento busca lograr simplicidad, eficiencia y adecuarse a la realidad de las dependencias de la administración pública, en particular en lo que respecta a la falta de archivos administrativos.

4. Cuarto eje: las instituciones

El cuarto eje de la Ley lo constituyen las instituciones responsables de su aplicación e interpretación. En el caso del Poder Ejecutivo Federal, se prevé la creación de una Comisión especializada como un órgano administrativo con autonomía de operación, presupuestal y de decisión.

Esta Comisión, denominada Comisión de Garantías de la Información, cumplirá principalmente con cuatro funciones. La primera es ser el órgano regulador en materia de información para el gobierno federal. La segunda es la de resolver, mediante un procedimiento en forma de juicio y de manera similar a como lo haría un tribunal administrativo, las controversias que se generen entre los particulares y la administración. La

Comisión será última instancia para las autoridades, pero sus decisiones estarán sujetas a control judicial. La tercera función es la de supervisar el cumplimiento de la ley y, en su caso, reportar las violaciones a los órganos de control internos. Finalmente, la cuarta función es la de promover el ejercicio del derecho de acceso entre los ciudadanos y generar una nueva cultura del manejo de información, tanto entre los servidores públicos como entre los ciudadanos.

La autonomía de la Comisión se garantiza en varios niveles. El primero a través de la autonomía de decisión, es decir, la Comisión no estará subordinada a autoridad alguna y adoptará sus decisiones con plena independencia. El segundo, mediante la integración de un cuerpo colegiado de decisión de tres personas que deberán reunir requisitos similares a los de los ministros de la Suprema Corte de Justicia y que tendrán garantía de inamovilidad. El tercero, mediante una amplia transparencia en la gestión de la Comisión, la cual deberá hacer públicas sus decisiones y rendir un informe anual. Finalmente, se le otorga plena autonomía presupuestaria y de gestión.

5. Quinto eje: acceso y protección de datos personales

La ley contiene un capítulo dedicado a la protección de los datos personales. Existe una relación difícil entre el acceso a la información y la protección de datos personales, en especial de aquella en posesión de los órganos de Estado. Así, en una ley de acceso a la información pública, y en la ausencia de una ley específica en materia de protección de la vida privada, se consideró pertinente establecer un principio general de protección a los datos personales.

Así, el anteproyecto prevé que los sujetos obligados no podrán difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en sus sistemas de información, salvo que haya mediado el consentimiento expreso, por escrito o por un medio de autenticación similar, de los individuos a los que haga referencia la información. Para estos efectos se considera como datos personales la información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra la relativa a su origen étnico o racial, o bien la referida a sus características físicas, morales o emocionales.

Como complemento a esta protección, se establece el derecho de los individuos de acceder, y en su caso solicitar la corrección, de sus datos

personales que se encuentren en los sistemas de información de los órganos del Estado. Se trata de una especie de *habeas data* administrativo que permitirá a cualquier persona conocer los datos que sobre ella tenga cualquier entidad pública.

VII. ALGUNAS CUESTIONES DEBATIBLES

Como es de esperarse en una materia nueva y delicada, el anteproyecto ha generado diversas críticas, especialmente a la luz de las otras iniciativas a las que nos referimos previamente. Vale la pena referirse brevemente a algunas de ellas.

1. *La información reservada*

El anteproyecto de ley establece una serie de excepciones al acceso a la información cuando se trate de información que, por su naturaleza, pueda generar riesgos al interés público o afectar los derechos de tercero. Se trata de dar respuesta al delicado equilibrio entre el derecho de acceso a la información y la protección de intereses legítimos.

Para ello, el anteproyecto contiene un catálogo de materias que pueden ser objeto de reserva, entre otras aquellas que puedan afectar la seguridad nacional, la seguridad pública, las relaciones exteriores, la estabilidad económica o financiera del país o bien poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de las personas. En todos los casos las excepciones previstas corresponden a los estándares internacionales en la materia y por ello son similares a las incluidas en la mayor parte de la legislación comparada.⁴³

Al respecto es importante destacar que, para que opere la reserva, no basta que la información se refiera a una de las materias listadas en la ley, sino que es necesario que exista además un elemento de daño actual o potencial que permita afirmar que su divulgación podría afectar gravemente una de las funciones del Estado o bien poner en peligro la integridad física de una persona. No se trata pues de una reserva indis-

⁴³ *Ibidem*, Muchos de los criterios internacionales están plasmados en el documento “A Model Freedom of Information Law”, elaborado en julio de 2001 por diversas organizaciones no gubernamentales, entre otras, article 19 y el Centre for Policy Alternatives. Puede consultarse en www.article19.org.

criminada, sino que deberá estar fundada en ley y motivada en una razón que podrá ser objeto de valoración por las instancias que correspondan.

Por otro lado, la reserva que plantea el anteproyecto no supone un valor absoluto. Por ello, se establece que el periodo de reserva podrá ser hasta de veinte años, y sólo susceptible de ampliarse en casos excepcionales debidamente justificados. Este aspecto ha sido criticado por considerarse que el plazo es excesivo y que debería ser menor. Al respecto, vale la pena señalar que no existe un término generalmente aceptado respecto del periodo de reserva y que los plazos varían enormemente en la legislación comparada. Esto se debe en parte a la diversidad de hipótesis que pueden dar origen a una reserva y la necesidad de actuar de manera casuística.

Por otro lado, se ha perdido de vista que el plazo establecido en el anteproyecto constituye un máximo. Por ello, las autoridades competentes podrán clasificar la información por un periodo razonable para salvaguardar el interés protegido. Normalmente éste deberá ser inferior a los veinte años. Además, el anteproyecto establece expresamente que la información podrá ser desclasificada cuando se extingan las causas que dieron origen a su clasificación, es decir, que las autoridades responsables de aplicar la ley podrán reducir los periodos de reserva cuando no subsistan las razones que dieron origen a su clasificación. Finalmente, la ley establece un régimen especial de conservación para la información que busca garantizar su adecuada conservación.

2. La clasificación de la información

Según lo establece el anteproyecto, la clasificación de la información corresponderá en primera instancia a los directores generales, o sus equivalentes, en las diferentes unidades administrativas de la administración pública. Este aspecto ha sido también cuestionado pues se ha considerado que los servidores públicos no deberían tener la potestad de clasificar la información, y que tal procedimiento debería ser mediante un decreto emitido por el titular de cada uno de los poderes de la Unión (véase, por ejemplo, el Proyecto Oaxaca).

A este respecto puede decirse que, en la mayoría de las legislaciones equivalentes, la clasificación de los documentos es responsabilidad de los funcionarios públicos que los elaboran. Tal es el caso, por ejemplo, de Canadá o los Estados Unidos. Ello se debe fundamentalmente a cues-

tiones prácticas e incluso a la protección misma de la información pues, de requerirse un procedimiento especial, por ejemplo la publicación en un decreto para cada documento clasificado, supondría la posibilidad de que los documentos tuvieran mayor posibilidad de ser indebidamente divulgados.

Ahora bien, el anteproyecto establece diversos “candados” para evitar que el juicio sobre la procedencia de una determinada clasificación sea unilateral. Así, en caso de que se solicite el acceso a un documento y éste haya sido clasificado como reservado, automáticamente se dispara un procedimiento para que un órgano colegiado y jerárquicamente superior al director general que estableció la clasificación juzgue sobre su procedencia. Este órgano colegiado podrá confirmar la reserva o revocarla, y será jurídicamente responsable de este acto.

Adicionalmente, si el particular está en desacuerdo con la clasificación de los documentos podrá recurrirla ante la Comisión de Garantías, quien emitirá un juicio independiente. En última instancia el juicio definitivo sobre la clasificación corresponderá a un tribunal, según se explica en el siguiente apartado.

3. El modelo de control de la ley

Uno de los aspectos más debatidos del anteproyecto lo constituye el diseño de los órganos de control. En efecto, y producto de la larga desconfianza hacia las instituciones, durante la consulta se insistió en la necesidad de crear un órgano autónomo, el cual tuviera la facultad de resolver en última instancia las controversias en materia de acceso a la información. Incluso, el proyecto del “Grupo Oaxaca” propone la creación de un Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública como un “organismo autónomo, con presupuesto y patrimonio propio”.

Durante la elaboración final del anteproyecto del Ejecutivo se consideraron diversas alternativas. Una de ellas fue crear un nuevo órgano constitucional autónomo similar al Instituto Federal Electoral. La idea era tentadora, pero tenía diversos problemas. El principal era que la creación de dicho organismo implicaba necesariamente la necesidad de una compleja reforma constitucional, la cual podría retrasar significativamente la aprobación de ley.

Más profundamente, se puso en la mesa de discusión la conveniencia de proseguir con la tendencia de crear órganos constitucionalmente au-

tónomos para cada uno de los grandes problemas del país. En efecto, admitiendo que se creara un organismo con estas características en materia de acceso a la información, ¿por qué no uno similar para los indígenas, otro para los discapacitados, y otros para la regulación de la energía o de las telecomunicaciones? Dicha tendencia, en el largo plazo, no parece sustentable pues acabaría por fraccionar las facultades y la unidad de acción que debe tener el Ejecutivo Federal en un sistema presidencial.

Por otro lado, la creación de un organismo de esta naturaleza suponía resolver el delicado problema de su relación con el Poder Judicial Federal y aún con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. En efecto, esta última tiene, por mandato constitucional, la facultad de conocer las quejas en contra de los actos y omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público que violen los derechos humanos. Puesto que el derecho de acceso a la información es parte de un derecho fundamental, la creación de un organismo de esta naturaleza supondría duplicar las facultades de otro órgano constitucional ya existente.

Más compleja es la relación de un organismo de esta naturaleza con el Poder Judicial Federal. Éste tiene, por diseño constitucional, la interpretación en última instancia de la Constitución. Por ello, crear un organismo cuyas decisiones escaparan al control judicial sería violentar profundamente el esquema de la división de poderes.

Por las razones expuestas anteriormente la ley ofrece un modelo diferente. La consideración fundamental es que ese órgano independiente y responsable de asegurar en última instancia la aplicación de la ley ya existe, y se llama Poder Judicial Federal. Ciertamente, en el pasado había razones para desconfiar, pero si queremos ser congruentes con la democracia constitucional, tenemos que apostar a la consolidación de las instituciones existentes. Por ello, el control de la ley no está, como se ha dicho, en manos de las autoridades administrativas, sino en manos del Poder Judicial.

Ahora bien, y para no sobrecargar al Poder Judicial, la ley crea un órgano administrativo autónomo que deberá resolver los conflictos en materia de acceso respecto de los conflictos que surjan entre los particulares y la administración. Se trata de una especie de tribunal administrativo colegiado,

constituido con todas las garantías para asegurar independencia en sus decisiones, y sujeto a control judicial.

VIII. CONCLUSIÓN

El anteproyecto presentado por el Ejecutivo supone un esfuerzo serio por avanzar en la regulación de una de las vertientes del derecho a la información. Sin duda se trata de una iniciativa compleja por sus implicaciones, pero que constituirá, de ser aprobada, un punto de inflexión en la vida del país. El Congreso tiene ahora la grave responsabilidad de concluir el proceso legislativo, enriquecido por la existencia de varias iniciativas que, creo que debe insistirse, convergen en lo fundamental. El debate público e informado, consustancial a la democracia, deberá dar por resultado pronto una buena ley en la materia. Ojalá escapemos de la tentación de hacer una llena de buenas intenciones pero inaplicable en la realidad. Se trata, en última instancia, mediante el diálogo razonado, de alcanzar un consenso posible que marque el devenir del país en esta importante materia.